



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnVR 16/20

vom

9. Mai 2023

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Mai 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterinnen Dr. Roloff, Dr. Picker und Dr. Vogt-Beheim sowie den Richter Dr. Kochendörfer

beschlossen:

Die Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Senats vom 28. Juni 2022 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen.

Gründe:

- 1           A.       Mit Beschluss vom 21. Februar 2018 (BK4-17-093) hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Betreiber von Gasversorgungsnetzen gemäß § 9 Abs. 3 ARegV (nachfolgend: Produktivitätsfaktor) für die dritte Regulierungsperiode auf 0,49 % festgelegt. Die Betroffene, die ein Gasversorgungsnetz betreibt, hat - wie auch zahlreiche weitere Netzbetreiber - die Festlegung mit der Beschwerde angegriffen. Das Beschwerdegericht hat den Beschluss der Bundesnetzagentur aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung verpflichtet. Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur hat der Bundesgerichtshof - unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde der Betroffenen - die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der Anhörungsrüge.
  
- 2           B.       Die gemäß § 83a Abs. 2 EnWG zulässige Anhörungsrüge ist nicht begründet. Der Senat hat bei seiner Entscheidung über die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und die Zurückweisung der Beschwerde den Vortrag der Betroffenen zur Kenntnis genommen, geprüft und erwogen, aber nicht für durchgreifend gehalten. Er hat die auf das Polynomics-Gutachten und im wesentlichen

übereinstimmenden Vortrag gestützten Einwendungen der betroffenen Netzbetreiber bereits in den Entscheidungen vom 26. Januar und 26. Oktober 2021 (BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2021 - EnVR 7/20, BGHZ 228, 286 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; EnVR 101/19, ZNER 2021, 392; EnVR 72/19, juris; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; EnVR 12/20, juris) ausführlich behandelt.

3 I. Die Betroffene meint, der Senat habe den wesentlichen Kern ihres Vortrags zum Prüfungsmaßstab nicht zur Kenntnis genommen. Das trifft nicht zu.

4 1. Die Betroffene rügt, ihr Vortrag zur Auslegung von § 9 Abs. 3 Satz 1 ARegV sei übergangen worden. Sie habe umfangreich dazu vorgetragen, dass es weder Wortlaut noch Genese, Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift rechtfertigten, den Beurteilungsspielraum auf Tatsachenfragen zu erstrecken und Verfahrensgarantien abzuschwächen oder auszusetzen. Der Senat hat diesen Vortrag zur Kenntnis genommen und erwogen, ihn aber nicht für geeignet gehalten, seine umfangreich begründete Auslegung von § 9 Abs. 3 Satz 1 ARegV (BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2021 - EnVR 7/20, BGHZ 228, 286 Rn. 14 bis 28 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 13 bis 18 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) in Frage zu stellen. Mit den wesentlichen Erwägungen, auf die der Senat seine Auslegung stützt, mithin der Art der hier abzuschätzenden Größe (BGHZ 228, 286 Rn. 18 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), der Besonderheiten ihrer Abschätzung mithilfe ökonomischer Methoden, die jede für sich mit eigenen Unsicherheiten belastet sind (BGH, aaO, Rn. 18 f., 22) und des damit verbundenen erheblichen Aufwands (BGH, aaO, Rn. 22), setzt sich die Betroffene nicht auseinander. Letztlich legt sie keinen Gehörverstoß dar, sondern begründet lediglich ihre Auffassung, der Senat verletze Art. 19 Abs. 4 GG.

5           2. Gleiches gilt für den von der Betroffenen als übergeben gerügten Vortrag zur gerichtlichen Überprüfung bei Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung. Auch insoweit hat der Senat umfangreich begründet, dass Auswahlentscheidungen der Bundesnetzagentur, die sie bei der Bestimmung des Produktivitätsfaktors, der Wahl einer zu seiner Ermittlung geeigneten Methode und deren Modellierung und Anwendung im Einzelnen zu treffen hat, nur eingeschränkt überprüfbar sind, nämlich nur darauf, ob die Regulierungsbehörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs - hier die Ermittlung des Produktivitätsfaktors gemäß § 21a Abs. 4 Satz 7, Abs. 6 EnWG, § 9 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 ARegV nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen - ausgegangen ist, den nach den genannten Grundsätzen erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (st. Rspr., BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2021 - EnVR 7/20, BGHZ 228, 286 Rn. 27 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 16 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 14 ff. und EnVR 17/20, juris Rn. 3; vom 5. Juli 2022 - EnVR 77/20, RdE 2022, 527 Rn. 38 mwN - REGENT; BVerwG, Urteil vom 29. März 2017 - 6 C 1/16, BVerwGE 158, 301 Rn. 31 f.).

6           a) Die von der Anhörungsrüge - wie bereits im Verfahren - erneut wiedergegebene Aussage des gerichtlichen Sachverständigen aus dem Ergänzungsgutachten vom 30. Juni 2019, er sei nicht zweifelsfrei überzeugt, dass es sich bei der spezifischen Umsetzung der Törnqvist-Methode und der Malmquist-Methode um ein fachgerechtes Bewertungsverfahren handele, ist nach der umfangreichen Anhörung durch das Beschwerdegericht und durch die von ihm getroffenen Feststellungen überholt. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur

widerspricht weder dem Stand der Wissenschaft, noch ist sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen einer greifbar überlegenen Alternative, zu beanstanden (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 31 f., 33 ff., 39 ff., 112 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Letztlich zeigt die Anhörungsrüge keinen Gehörsverstoß auf, sondern wiederholt ihre abweichende Wertung im Hinblick auf die von ihr bevorzugte Methodenwahl und den von ihr bevorzugten Prüfungsmaßstab.

7            b)        Die Behauptung, bei der Fachgerechtigkeit der Berechnung handele es sich um eine Tatfrage, die unproblematisch mittels eines Sachverständigengutachtens geklärt werden könne, trifft - wie der Senat ausgeführt hat (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 18, 19 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) - bei der hier vorzunehmenden Abschätzung der regulatorischen Größe Produktivitätsfaktor mittels der Anwendung ökonometrischer Methoden, die wiederum eine Vielzahl verschiedener Methodenentscheidungen beinhalten und erfordern, nicht zu. Soweit die Betroffene (erneut) auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 Rn. 13) verweist, geht es in der zitierten Passage um die Frage der Existenz anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden, nicht um ihre Anwendung und zudem auch nicht um die prognostische Abschätzung einer regulatorischen Größe mittels ökonometrischer Methoden.

8            c)        Den Einwand der Betroffenen, die aus der Methodenanwendung gezogenen Schlussfolgerungen müssten dem Stand der Wissenschaft genügen, namentlich, das Ergebnis müsse robust gegenüber geringen Veränderungen der Ausgangsvariablen sein, wobei sich aber durch die Hinzunahme des Jahres 2006 eine Bandbreite von 0,49 % zu minus 2,26 % und damit signifikant unterschiedliche Ergebnisse ergäben, hat der Senat nicht übergangen. Er hat sich damit und mit den Ursachen für die Schwankungen ausführlich befasst und das Ergebnis für ausreichend plausibilisiert angesehen (BGHZ 228, 286 Rn. 77 bis 91 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Auch insoweit ist die von der Betroffenen

wiederholte Aussage des gerichtlichen Sachverständigen aus dem Ergänzungsgutachten vom 2. Juni 2019 überholt. Es ist weiterhin nicht ersichtlich, worauf sich eine weitere Überprüfung erstrecken sollte (BGH, aaO, Rn. 84). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage schon nicht, ob es sich bei der Beurteilung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards um eine Tatsachen- oder Rechtsfrage handelt.

9 d) Gleiches gilt für die Frage der Validität der Datengrundlage des Jahres 2006. Insoweit hat der Senat in der mit der Anhörungsrüge angefochtenen Entscheidung aus tatsächlichen Gründen angenommen, dass die Betroffene die Validität der Datengrundlage nicht erschüttert hat (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 24; siehe ausführlich unten unter Rn. 35 ff.).

10 e) Soweit die Betroffene meint, der Senat habe ihr Vorbringen zur Kontrolldichte gemäß Art. 41 Abs. 17 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (nachfolgend: Richtlinie) übergangen, hat der Senat auch diesen Vortrag berücksichtigt und erwogen, aber aus Rechtsgründen nicht für erheblich gehalten. Da der Unionsgerichtshof § 9 Abs. 3 ARegV für unionsrechtswidrig erklärt hat, kann diese Vorschrift keine Maßstäbe vorgeben, nach denen die Entscheidung der Bundesnetzagentur gemäß Art. 41 Abs. 16 und Abs. 17 der Richtlinie zu kontrollieren wäre. Dass der Prüfungsmaßstab des Senats gegen den sich aus Art. 41 Abs. 6 und Abs. 8 der Richtlinie ergebenden unionsrechtlichen Rechtsrahmen verstößt, zeigt die Betroffene nicht auf (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 48 bis 50 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

11           aa) Die unionsrechtlichen Regelungen - Art. 41 Abs. 6 und Abs. 8 in Verbindung mit Art. 41 Abs. 17 der Richtlinie - geben, wie der Senat bereits ausgeführt hat (BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20 Rn. 49 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 17, 18), keinen darüber hinaus gehenden Maßstab der gerichtlichen Überprüfung vor. Sie beschränken sich vielmehr auf wenige Zielvorgaben. Die von der Regulierungsbehörde festzulegenden Tarife und Methoden sind so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist (Art. 41 Abs. 6 Buchst. a Satz 2 der Richtlinie; BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 21 aE). Dabei stellt die Regulierungsbehörde sicher, dass für die Fernleitungs- und Verteilernetzbetreiber angemessene Anreize geschaffen werden, sowohl kurzfristig als auch langfristig die Effizienz zu steigern, die Marktintegration und die Versorgungssicherheit zu fördern und entsprechende Forschungsarbeiten zu unterstützen (Art. 41 Abs. 8 der Richtlinie). Dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 6 der Richtlinie ("gestalten") kann insoweit entnommen werden, dass das Unionsrecht die Festsetzung der Tarife oder Methoden als Gestaltungsaufgabe ansieht. Dabei ist es Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für solche Verfahren zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten (EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 - C-771/18, juris Rn. 62 - Kommission/Ungarn). Nach diesen Grundsätzen kommen die Maßstäbe zur Anwendung, die die Gerichte nach §§ 81 ff. EnWG zu beachten haben (vgl. nunmehr auch BGH, Beschluss vom 5. Juli 2022 - EnVR 77/20, RdE 2022, 527 Rn. 37 - REGENT), hier mithin der vom Senat für die Abschätzung des Produktivitätsfaktors entwickelte Prüfungsmaßstab.

12           bb) Vor diesem Hintergrund zeigt die Betroffene - wie der Senat bereits ausgeführt hat (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022,

119 Rn. 50 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 17 bis 20) - nicht auf und es ist auch nicht ersichtlich, dass der der Bundesnetzagentur bei der Abschätzung eines Einzelelements eingeräumte Beurteilungsspielraum gegen den von der Richtlinie vorgegebenen Rahmen verstößt oder die Bundesnetzagentur den sich aus der Richtlinie oder der Charta der Grundrechte ergebenden Verfahrensanforderungen nicht nachgekommen wäre.

13           II.       Die Betroffene meint, der Senat habe ihren Vortrag zur Begründungspflicht übergangen.

14           1.       Zur Begründung führt sie aus, es sei nicht erkennbar, dass der Senat seiner Entscheidung die von der Rechtsprechung aufgestellten qualifizierten Anforderungen an eine Begründung zugrunde lege. Es reiche für eine effektive Kontrolle der Regulierungsentscheidung nicht aus, wenn ein anderes methodisches Vorgehen nur mit einer knappen Begründung (wie bei den Fremdkapitalzinsen oder Abschreibungen oder der Datenqualität des Jahres 2006) abgelehnt werde. Die Betroffene habe dies an der Begründung zur Datenqualität des Jahres 2006 aufgezeigt. Die Begründung für die Hinzunahme des Jahres 2006 sei weder erschöpfend noch plausibel. Es liege der Verdacht nahe, dass die Datenreihe des Jahres 2006 ergebnisorientiert ergänzt worden sei. Es sei nicht plausibel, dass sich die grundlegende Bewertung der ersten Konsultation bei einer Marktdeckung von 93 % durch eine (Nach-)Plausibilisierung von lediglich 40 Datensätzen ändern könne. Ferner habe sie bei den Fremdkapitalzinsen die Frage aufgeworfen, wie der Betroffene bei einer kurzen Begründung überhaupt in der Lage sein solle, sich effektiv zu verteidigen. Außerdem führe der Prüfungsmaßstab dazu, dass der Senat die Festlegung keiner Abwägungskontrolle mehr unterziehe. Diesen Vortrag habe der Senat übergangen und lasse weiterhin eine nur kurze Begründung für die Hinzunahme des Jahres 2006, die Fremdkapitalzinsen und die Abschreibungen genügen. Eine umfangreiche Begründungspflicht

ergebe sich ferner aus Art. 41 Abs. 16 der Richtlinie und der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde. Damit habe sich der Senat nicht auseinandergesetzt.

15           2.       Der Senat hat den Vortrag zur Kenntnis genommen und erwogen, ihn aber aus rechtlichen Gründen nicht für erheblich gehalten.

16           a)       Wie bereits in der Entscheidung vom 26. Januar 2021 (BGHZ 228, 286 Rn. 63 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) ausgeführt, hat die Begründung der Entscheidungen der Regulierungsbehörden im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfung zu erfolgen (vgl. Art. 41 Abs. 16 der Richtlinie). Ihr erforderlicher Umfang ist also gemäß den für diese Überprüfung geltenden Maßstäben zu bestimmen. Insoweit unterliegt die Bundesnetzagentur nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 228, 286 Rn. 63 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) besonderen Begründungsanforderungen. Ähnlich wie bei telekommunikationsrechtlichen Entscheidungen ist im Energiewirtschaftsregulierungsrecht die Bewertung der Behörde zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch darauf zu überprüfen, ob sie die Festlegung im Hinblick auf die Kriterien, die in den einschlägigen Rechtsnormen aufgeführt oder in diesen jedenfalls angelegt sind, plausibel und erschöpfend begründet hat (vgl. BVerwGE 158, 301 Rn. 32 mwN). Die gerichtliche Kontrolle eines der Behörde eingeräumten Beurteilungs- oder Ermessensspielraums ist grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu erstrecken und zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat; denn die notwendige Abwägung und ihre Darstellung im Bescheid sollen zumindest auch die nachgehende gerichtliche Kontrolle ermöglichen, die angesichts des eingeräumten Beurteilungsspielraums sonst nicht hinreichend wirksam wäre (BGH, aaO, Rn. 63 mwN). Dass sich demgegenüber weitergehende Anforderungen an die Begründung der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors aus Art. 41 Abs. 16 der Richtlinie ergeben könnten, ist auszuschließen (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs. 283/81, SRL C.I.L.F.I.T. u.a./Ministero della Sanità - Slg. 1982, 3415 Rn. 21).

- 17            b)        In Bezug auf die Hinzunahme des Jahres 2006 ergibt sich die Plausibilität der Begründung, wie der Senat dargelegt hat, unmittelbar aus der Begründung der Festlegung (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 31 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Der Senat hat ausgeführt, es sei eine plausible, erschöpfende und nachvollziehbare Erklärung für die Änderung ihrer Einschätzung in Bezug auf die Aufnahme des Jahres 2006 in das Stützintervall, dass sich die Bundesnetzagentur nach den Stellungnahmen in der Konsultation zu einer Lösung des Problems, wie mit möglichen verzerrenden Einflüssen, insbesondere den Aufwendungen für vorgelagerte Netze umgegangen werden solle, im Stande gesehen habe und zudem die fehlenden Datensätze hätten vervollständigt werden können. Demgegenüber befasst sich die Anhörungsrüge nur mit ihrer eigenen Behauptung, es sei nicht plausibel, dass eine Ergänzung der Datensätze zu einer Änderung der Einschätzung habe führen können, und lässt die weitere Begründung (Problemlösung hinsichtlich verzerrender Einflüsse) außer Acht. Das hat der Senat bereits in der Entscheidung vom 26. Oktober 2021 ausgeführt (BGH, aaO, Rn. 31). Die Anhörungsrüge verkennt zudem, dass der Senat angenommen hat, die Begründung in Bezug auf die Datenqualität 2006 sei ausreichend (BGHZ 228, 286 Rn. 67 aE - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), so dass es schon nicht auf die Frage ankommt, ob eine in Bezug auf die Hinzunahme des Jahres 2006 fehlende Begründung unschädlich wäre.
- 18            c)        In Bezug auf die Begründung der Bundesnetzagentur zur Heranziehung eines jährlich aktualisierten Zinses (Festlegung S. 31 unten, 32) hat der Senat bereits ausführlich begründet, aus welchen Gründen er die Begründung der Bundesnetzagentur als plausibel und erschöpfend ansieht (BGHZ 228, 286 Rn. 63, 108 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 45 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Auch eine kurze Begründung kann plausibel und erschöpfend sein, wenn es - wie hier - für unterschiedliche Vorgehensweisen bei der Kostenprüfung (§ 5 Abs. 2 Halbsatz 2 GasNEV) und bei der

Ermittlung des Produktivitätsfaktors einen ohne weiteres nachvollziehbaren Grund gibt. Das Beschwerdegericht hatte sich dem lediglich aufgrund seiner Rechtsauffassung, die Bundesnetzagentur müsse von Rechts wegen die Vorschriften der Gasnetzentgeltverordnung anwenden, von vornherein verschlossen.

19           d)       Gleiches gilt für die Begründung der Bundesnetzagentur zur Berechnung der Abschreibungen auf Anlagegüter als Bestandteil der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung (Festlegung S. 32). Der Senat hat bereits ausführlich begründet, weshalb diese als plausibel, nachvollziehbar und erschöpfend anzusehen ist (BGHZ 228, 286 Rn. 100 bis 103 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 42 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Auf die von der Anhörungsrüge erneut in Bezug genommenen Äußerungen des im Vorfeld der Festlegung von der Bundesnetzagentur eingeholten Gutachtens kommt es danach nicht an.

20           III.       Die Betroffene rügt, der Senat habe ihren Vortrag dazu übergangen, dass die Bundesnetzagentur in Bezug auf die von der Betroffenen behauptete fehlende Robustheit des Produktivitätsfaktors bei der Törnqvist-Methode ihre Ermittlungspflicht nicht ausgeschöpft habe. Hier wird der Vortrag zur fehlenden Robustheit des Stützintervalls wiederholt, mit dem der Senat sich ausführlich befasst und den er aus Rechtsgründen für nicht erheblich angesehen hat (vgl. Rn. 8).

21           IV.       Die Betroffene macht geltend, der Senat habe ihren Vortrag übergangen, der Eingriff in die Preisfreiheit lasse sich nur mit einer Prognosegrundlage rechtfertigen, die wissenschaftlichen Standards genüge und der Regulierungsbehörde stehe offensichtlich ein milderes Mittel zur Verfügung, weil ein Produktivitätsfaktor, der nach wissenschaftlichen Standards ermittelt worden sei, ein

gleich effektives, aber milderer Mittel darstelle. Diesen Vortrag hat der Senat berücksichtigt, aber nicht für erheblich gehalten, da die Bundesnetzagentur den Produktivitätsfaktor - wie der Senat umfangreich begründet hat - gemäß § 9 Abs. 3 ARegV nach Maßgabe von Methoden ermittelt hat, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen (vgl. nur BGHZ 228, 286 Rn. 30 ff., 35 ff., 41 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 20 ff., 59 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Ferner hat der Senat bereits in der Entscheidung vom 26. Januar 2021 (BGHZ 228, 286 Rn. 25 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) darauf hingewiesen, dass die Netzbetreiber aufgrund ihrer Stellung als natürliche Monopolisten die den Maßstäben des Gesetzes entsprechende Regulierung ihrer Entgelte insgesamt hinnehmen müssen und nicht nur insoweit, als im Einzelfall festgestellt werden kann, dass ein bestimmtes Entgelt in einer hypothetischen Wettbewerbssituation nicht erzielbar wäre. Er hat ausgeführt, hierfür spreche nicht zuletzt der von § 1 Abs. 1 EnWG bestimmte Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes und darauf abgestellt, dass das Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, auch für die Regulierung der Netznutzungsentgelte gilt.

22           V.       Die Betroffene rügt aus mehreren Gründen eine Verletzung rechtlichen Gehörs, weil der Senat ihren Vortrag zur fehlenden Geeignetheit der zur Deflationierung der Bruttoumsatzerlöse verwendeten durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden in den Jahren 2006 bis 2016 übergangen habe. Eine erhebliche Gehörsverletzung zeigt sie damit nicht auf. Der Senat hat den Vortrag berücksichtigt, aber aus Rechtsgründen nicht für erheblich gehalten.

23           1.       Die Betroffene rügt, der Senat habe die erstinstanzlich erfolgten und entscheidungserheblichen Aussagen des Sachverständigen und ihren Vortrag

zur Ungeeignetheit der konstanten Gewichtung übergegangen. Das greift indes nicht durch.

24 a) Zur Begründung führt die Betroffene aus, der gerichtliche Sachverständige habe darauf hingewiesen, dass eine jährliche Gewichtung immer vorzuziehen sei. Er habe ausgeführt, je höher die Streuung der gezahlten Netzentgelte, umso wichtiger werde die Gewichtung, sowie, je unterschiedlicher die Subindizes, umso wichtiger sei die Rolle der Gewichte. Auch wenn angenommen werde, dass die Streuung der Gewichte nicht stark sei, so sei doch festzustellen, dass die Subindizes sehr stark streuten, insbesondere der Industriekunden. In diesem Fall sei aber nach der Aussage des gerichtlichen Sachverständigen eine konstante Gewichtung "problematisch", mithin ungeeignet. Das übergehe der Senat mit dem Hinweis, dass es um die Verbrauchsanteile und nicht um die Preisentwicklung gehe. Die Behauptung, dass die Preisentwicklung keine Rolle für die Frage der Gewichtung spiele, treffe offensichtlich nicht zu. Es könne nicht unterstellt werden, dass die Preisentwicklung keine Rolle spiele, wenn der Sachverständige die Rolle der Gewichte betone, wenn sowohl eine Streuung bei den Subindizes als auch bei den Gewichten vorhanden sei, was bei den Netzentgelten der Industriekunden unstreitig der Fall sei. Die Betroffene habe keine jahresscharfe Gewichtung der Netzentgelte aus den Monitoringberichten gefordert, sondern lediglich aufgezeigt, dass die Annahme des Sachverständigen, dass eine jahresscharfe Gewichtung entbehrlich sei, wenn sich die Gewichte über die Jahre konstant verhielten, nur auf eine der beiden Datengrundlagen zutrefe.

25 b) Eine Gehörsverletzung ist damit nicht aufgezeigt. Der Senat hat den als übergegangen gerügten Vortrag berücksichtigt, ihn aber (offensichtlich) nicht für erheblich gehalten, nachdem er sich mit den konstanten Verbrauchsanteilen, den Aussagen des Sachverständigen und den verschiedenen Datengrundlagen bereits ausführlich auseinandergesetzt hat (BGHZ 228, 286 Rn. 53 ff. - Genereller

sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 21 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

26           aa) Die Betroffene weist erneut auf aus dem Zusammenhang gerissene und zudem teilweise unvollständig wiedergegebene Aussagen des Sachverständigen bei seiner erstinstanzlich erfolgten Vernehmung hin. Dies hat der Senat bereits berücksichtigt und für unerheblich gehalten. Denn aus den Aussagen des Sachverständigen lässt sich schon nicht ableiten, dass die konstante Gewichtung der Verbrauchsanteile im vorliegenden Fall ungeeignet ist. Der Sachverständige hat eingangs der Vernehmung ausgeführt, eine jährliche Gewichtung sei immer vorzuziehen; zwingend sei sie aber nur, wenn die Gewichte sich über die Zeit stark veränderten. Dazu hat das Beschwerdegericht ausdrücklich festgestellt, dass eine solche Veränderung der Gewichte hier nicht vorliege. Durchgreifende Verfahrensrügen sind insoweit nicht erhoben. Die Betroffene hat auch starke Schwankungen der Verbrauchsanteile nicht aufgezeigt. Es ist weder dargelegt, dass sich solche Schwankungen entgegen der Feststellungen des Beschwerdegerichts aus den BDEW-Statistiken ergeben, noch, dass sich starke Schwankungen der Verbrauchsanteile aus den Monitoringberichten entnehmen lassen. Die Betroffene meint vielmehr, allein aus den starken Schwankungen des Subindex der Netzentgelte Industriekunden ergebe sich die zwingende Notwendigkeit einer jahresscharfen Gewichtung. Das lässt sich den Aussagen des Sachverständigen aber nicht entnehmen. Denn er hält eine jährliche Gewichtung nur bei einer starken Veränderung der Gewichte für zwingend. Im Übrigen hat er ausgeführt, je ähnlicher die Subindizes und je geringer die Streuung der Gewichte über die Zeit, umso unproblematischer sei eine konstante Gewichtung. Daraus ergibt sich schon nicht, dass starke Schwankungen allein bei einem Subindex der Netzentgelte zur Notwendigkeit einer jahresscharfen Gewichtung der Verbrauchsanteile führen.

- 27           bb)    Hinzu tritt hier, dass die Betroffene die Begründung des Beschwerdegerichts (ausführlich dazu Senat, RdE 2022, 119 Rn. 22 und 23 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) und des Senats (aaO Rn. 21 ff.; BGHZ 228, 286 Rn. 53 ff., 83 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) zur Zulässigkeit der konstanten Gewichtung der Verbrauchsanteile vollständig übergeht. Mit dem Umstand, dass die weiteren von der Bundesnetzagentur zur Preisbereinigung eingesetzten Indizes und die vom Statistischen Bundesamt verwendeten, zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Parameter eingesetzten Indizes eine jahresscharfe Gewichtung ebenfalls nicht vorsehen, setzt sich die Betroffene nicht auseinander (BGHZ 228, 286 Rn. 57, 132 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; vgl. dazu nunmehr auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18, juris Rn. 203 bis 215).
- 28           cc)    Danach gibt es weiterhin keine Anhaltspunkte dafür, dass allein der schwankende Subindex der Netzentgelte Industriekunden eine jahresscharfe Gewichtung erfordert (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 24).
- 29           dd)    Auch soweit die Betroffene behauptet, sie habe lediglich aufgezeigt, die Annahme des Sachverständigen, eine jahresscharfe Gewichtung sei entbehrlich, wenn sich die Gewichte der Netzentgelte über die Jahre konstant verhielten, treffe nur auf eine der beiden Datengrundlagen (BDEW-Statistiken und Monitoringberichte) zu, nämlich die Monitoringberichte, zeigt sie keinen Gehörsverstoß auf. Die Betroffene hat nicht dargelegt, dass die Verbrauchsanteile nach den Monitoringberichten so starken Schwankungen unterworfen sind, dass eine jahresscharfe Gewichtung zwingend erforderlich wäre (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 28 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Im Übrigen würde dies aber auch nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass der Deflator und die ihm zugrunde gelegte Gewichtung der gleichen Datenquelle entnommen werden müssten.

30           2.     Die Betroffene macht ferner geltend, die Einwände, die sie gegen die Verwendung der Netzentgelte aus den Monitoringberichten erhoben habe, seien übergangen worden. Auch das greift nicht durch. Der Senat hat den auch schon in dem der Entscheidung vom 26. Januar 2021 zugrundeliegenden Verfahren gehaltenen Vortrag zum Strukturbruch (BGHZ 228, 286 Rn. 69 aE - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) berücksichtigt, aber nicht für erheblich gehalten (Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23).

31           a)     Die Betroffene führt aus, sie habe die Abfragetechnik des Monitorings durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt kritisiert, weil die Daten von den Lieferanten und Netznutzern und nicht den Netzbetreibern selbst stammten, was bei den Netzentgelten zu erheblichen Unterschieden führen könne. In den Monitoringberichten werde nur ein durchschnittliches Netzentgelt angegeben. Ferner enthielten die Monitoringberichte einen Hinweis zur beschränkten Aussagekraft der erhobenen Daten, was insbesondere für die Daten des Jahres 2006 gelte (BNetzA/BKartA, Monitoringbericht 2018, S. 153 Fn. 50). Auch seien die Daten in den Monitoringberichten durch die Strukturveränderungen der Regulierung von 2006 auf 2007 beeinflusst worden. 2006 sei es nach dem Stichtag für die Datenabfrage der Monitoringberichte zu Veränderungen bei den Netzentgelten und zudem zu einer Umstellung des Netzzugangsmodells gekommen, das vom Einzelbuchungsmodell auf das Zweivertragsmodell umgestellt worden sei. Das habe unmittelbare Auswirkungen auf die Abfrage der Netzentgelte zur Erstellung der Monitoringberichte gehabt. 2006 hätten die Lieferanten und Großhändler eine geschätzte Aufteilung in Netzkosten, Energiekosten zuzüglich Vorsorgemarge, Abgaben und Steuern anzugeben gehabt. 2007 seien die Gasbezugskosten bei der Beschaffung am Regio/Citygate ohne die Netzkosten der vorgelagerten inländischen Netzebenen anzugeben gewesen, die bei den Netzkosten hätten berücksichtigt werden sollen, was indes nicht oder nur zum Teil erfolgt sei (BNetzA, Monitoringbericht 2007, S. 165). Insoweit enthalte der

Monitoringbericht 2007 den Hinweis, dass sich die Netzkosten bis zur konsequenten Umsetzung des Zweivertragsmodelles wohl nicht eindeutig ermitteln ließen. Dies habe zu einer starken Absenkung der Netzentgelte von 2006 auf 2007 geführt. Die Umsatzerlöse könnten aus diesem Grund nicht korrekt mit den durchschnittlichen Netzentgelten deflationiert werden, weil sie nicht adäquat bestimmt worden seien. Die hierdurch entstehende Verzerrung des Produktivitätsfaktors sei offensichtlich, weil der Deflator die fehlende Robustheit des Produktivitätsfaktors verursache. Diesem Strukturbruch und der untauglichen Datengrundlage versuche die Bundesnetzagentur vergeblich durch eine Bereinigung der Aufwendungen für vorgelagerte Netze bei den Umsätzen und bei den Aufwendungen für bezogene Leistungen Rechnung zu tragen. Denn die Aufwendungen für vorgelagerte Netze und die Aufwendungen für bezogene Leistungen bei den Umsätzen hätten keinen Einfluss auf die Deflationierung der Netzentgelte. Übergegangen werde zudem, dass das Beschwerdegericht keine Feststellungen zur Geeignetheit des Deflators getroffen habe. Es habe im Widerspruch zu seiner Feststellung, der zugrunde gelegte Index der Netznutzungsentgelte hätte hinreichend analysiert werden müssen, festgestellt, als Deflator hätten die sich aus den Monitoringberichten ergebenden Netzentgelte herangezogen werden dürfen.

- 32           b)       Damit wird keine erhebliche Gehörsverletzung aufgezeigt. Der Senat hat den Vortrag zur Kenntnis genommen und erwogen, ihn aber nicht für erheblich gehalten. Der Senat war nach den dafür geltenden Maßgaben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 2018 - 2 BvR 2821/14, NJW-RR 2018, 694 Rn. 18 mwN) nicht verpflichtet, jedes Vorbringen ausdrücklich zu bescheiden, sondern konnte sich - insbesondere vor dem Hintergrund der bereits ausführlich begründeten Entscheidungen in den Parallelverfahren - auf die für den Entscheidungsausgang wesentlichen Aspekte beschränken.

- 33           aa)   Soweit die Daten der Monitoringberichte auf Schätzungen beruhen, ist nach den dafür geltenden Maßgaben (BGHZ 228, 286 Rn. 19, 68, 69 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) nicht aufgezeigt, dass grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen der Datengrundlage vorliegen. Auch eine erneute Datenerhebung war nicht geboten (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 25 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Aus dem Umstand allein, dass die Daten nach einem in den Monitoringberichten enthaltenen Hinweis für einen Zeitreihenvergleich nur eingeschränkt geeignet sind, ergibt sich nicht, dass die Netzentgelte als Deflator der Bruttoumsatzerlöse ungeeignet wären. Im Gegenteil hat das Beschwerdegericht - entgegen der Ansicht der Betroffenen widerspruchsfrei - festgestellt, dass die Bundesnetzagentur den Deflator fehlerfrei ermittelt und bestimmt hat. Schließlich ist erneut darauf hinzuweisen, dass sich der Mittelwert von 0,51 % auch dann ergibt, wenn die Reihe der möglichen Stützintervalle um das von der Betroffenen für ungeeignet gehaltene Stützintervall 2006 bis 2016 verkürzt wird (BGHZ 228, 286 Rn. 88 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Bei Heranziehung des den Anforderungen des § 9 Abs. 3 Satz 2 ARegV entsprechenden Stützintervalls 2009 bis 2016 - mithin unter Herausrechnung von 2006 und 2007 und ohne Basisjahreffekt - ergäbe sich sogar ein Produktivitätsfaktor von 2,14 % (BGH, aaO, Rn. 75).
- 34           bb)   Es trifft nicht zu, dass die Bereinigung der Positionen Umsatz und Aufwendungen für bezogene Leistungen um die Position Aufwendungen für vorgelagerte Netze (Festlegung S. 18 unten) keinen Einfluss auf die Deflationierung der Netzentgelte hat, und nicht geeignet ist, den Strukturbruch und den im Monitoringbericht 2007 angesprochenen Umstand auszugleichen, dass die Kosten für die vorgelagerte Netzebene nicht in den Netzkosten enthalten sind. Es werden nicht die Netzentgelte deflationiert, sondern die Umsatzerlöse. Als Deflator finden dabei die durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Indust-

riekunden der Jahre 2006 bis 2016 Anwendung (Festlegung S. 21). Da die Bundesnetzagentur die Umsätze um die vorgelagerten Netzkosten vermindert hat, entsprechen diese dem sich aus den Monitoringberichten ergebenden Deflator (Netzentgelte ohne Netzkosten der vorgelagerten inländischen Netzebenen). Eine Verzerrung zu Lasten der Netzbetreiber liegt damit nicht vor. Im Übrigen geben die Monitoringberichte, soweit die darin enthaltenen Daten die Veränderungen vom Einzelbuchungsmodell zum Zweivertragsmodell widerspiegeln, lediglich die tatsächlichen Gegebenheiten wieder (BGH, aaO, Rn. 74). Regulatorische Veränderungen in Bezug auf Netzzugangsmodelle oder Netzentgelte können jederzeit eintreten (vgl. die der Entscheidung BGH, Beschluss vom 5. Juli 2022 - EnVR 77/20, RdE 2022, 527 Rn. 31 ff. - REGENT zugrunde liegende Fallgestaltung). Eine Bereinigung der Datengrundlage um diese tatsächlichen, durch die regulatorischen Gegebenheiten bedingten Effekte widerspräche Sinn und Zweck des Produktivitätsfaktors, der wiedergibt, in welchem Maße sich die Produktivität der Netzbetreiber abweichend von der Gesamtwirtschaft entwickelt.

35           VI.     Die Betroffene meint, der Senat habe das rechtliche Gehör verletzt, indem er den Vortrag der Betroffenen zur Mangelhaftigkeit der Daten des Jahres 2006 übergangen und die Darlegungsanforderungen für die Sachaufklärung überspannt habe. Das greift nicht durch.

36           1.     Zur Begründung führt die Betroffene aus, sie habe aufgezeigt, dass im Falle der Zurückverweisung mit weiterem Vortrag zur Mangelhaftigkeit der Daten des Jahres 2006 zu rechnen sei. Sie habe die Korrespondenz einiger Netzbetreiber mit der Bundesnetzagentur zum Plausibilisierungsprozess zur Verfügung gestellt. Diese belege, dass die Datenqualität des Jahres 2006 nicht ausreichend belastbar sei, um den Produktivitätsfaktor nach dem Stand der Wissenschaft zu ermitteln, weil einige Netzbetreiber bereits im Datenerhebungsprozess darauf hingewiesen hätten, mangels Quellenverfügbarkeit Schätzungen vorgenommen, Werte abgeleitet oder Mittelwerte gebildet zu haben und zudem die

Datenmeldungen in heterogener Weise erfolgt seien. Ferner habe die Betroffene angezweifelt, dass eine Datengrundlage, die wahrscheinlich in relevantem Umfang verfälschte und verzerrte Daten durch heterogene Schätzungen enthalte, durch eine nachträgliche Plausibilisierung geheilt werden könne. Sie habe schließlich in ihrem Schriftsatz vom 14. Juni 2022, weil der zuvor gehaltene Vortrag nicht als ausreichend erachtet worden sei, die Frage aufgeworfen, ob die Daten angesichts der in der Festlegung dokumentierten Plausibilisierungsunterlagen (Festlegung S. 15) überhaupt einer belastbaren Plausibilisierung hätten unterzogen werden können. Dass der Senat diesen Vortrag nicht berücksichtigt habe, weil er nicht ausschließe, dass die Bundesnetzagentur die Werte habe plausibilisieren können und er in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht mehr berücksichtigt werden könne, finde keine Stütze im Prozessrecht und stelle für sich genommen bereits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Die tatsächlichen Grundlagen zur Plausibilisierung seien unstreitig Gegenstand des erstinstanzlichen Vortrags gewesen; dass die Bundesnetzagentur nur für 200 Netzbetreiber zuständig sei und dass sich kein Abschlussbericht zur Plausibilisierung in der Verfahrensakte befinde, habe die Betroffene erstinstanzlich gerügt. Der Vortrag, dass es unklar bleibe, wie die Bundesnetzagentur die Daten überhaupt habe plausibilisieren können, sei eine daraus gezogene Schlussfolgerung, die auf der Festlegung, dem erstinstanzlichen Vortrag und den gesetzlichen Regelungen zur Zuständigkeit der Bundesnetzagentur und den buchhalterischen Entflechtungsregeln beruhten. Mit diesem Vortrag habe lediglich weiterer Aufklärungsbedarf aufgezeigt werden sollen. Die Anforderungen des Senats an den Tatsachenvortrag zur Erschütterung der Validität der Datengrundlage könnten nicht erfüllt werden. Es sei nicht ersichtlich, welchen Vortrag der einzelne Netzbetreiber erbringen könne, um Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit der Datengrundlage vorzutragen.

- 37            2.        Eine erhebliche Gehörsverletzung wird damit nicht aufgezeigt. Der Senat war entgegen der Ansicht der Anhörungsrüge nicht gehalten, das Verfahren zur weiteren Sachaufklärung an das Beschwerdegericht zurückzugeben (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 68, 69 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 37 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Aus dem Vortrag der Betroffenen ergibt sich nicht, was sie - über den bereits gehaltenen und vom Senat berücksichtigten, aber nicht als erheblich erachteten Vortrag hinaus - noch hätte vortragen wollen (BGH, Beschluss vom 26. Januar 2021 - VIII ZA 6/20, juris Rn. 6).
- 38            a)        Der von der Betroffenen angekündigte Vortrag war nicht geeignet, eine Verpflichtung zu weiteren Ermittlungen zu begründen (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 39 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Der Senat hat ihn berücksichtigt, aber - auch vor dem Hintergrund seiner bereits umfangreich erfolgten Ausführungen in den Entscheidungen vom 26. Januar und 26. Oktober 2021 - offensichtlich für nicht erheblich gehalten. Vor diesem Hintergrund erscheint weiterer erheblicher Vortrag in einem wiedereröffneten Beschwerdeverfahren tatsächlich ausgeschlossen, er wird auch in der Anhörungsrüge nicht aufgezeigt (BGH, Beschluss vom 26. Januar 2021 - VIII ZA 6/20, juris Rn. 6).
- 39            aa)       Soweit die Betroffene behauptet, die Datengrundlage enthalte "wahrscheinlich in relevantem Umfang verfälschte und verzerrte Daten durch heterogene Schätzungen", gab es dafür keine konkreten Anhaltspunkte. 700 von 727 Datensätzen des Jahres 2006 hat die Bundesnetzagentur bereits nach der ursprünglichen Datenabfrage als plausibel und vollständig eingestuft. Entsprechendes gilt für weitere 27 Datensätze nach Datennachforderungen und Plausibilisierung. Soweit nach den Angaben in den (lediglich) fünf von der Betroffenen vorgelegten Schreiben, die zudem noch vor Abschluss der durchgeführten Plausibilisierung datieren (vgl. BGH, RdE 2022, 119 Rn. 39 - Genereller sektoraler

Produktivitätsfaktor II), einzelne nicht vorhandene Daten geschätzt oder abgeleitet worden sind, ist schon kein Anhaltspunkt dafür dargetan, dass dies bei Abschluss der Plausibilisierung zu nicht belastbaren Daten geführt hätte. Im Gegenteil ergab sich für den Senat aus den Schreiben ganz überwiegend das Bemühen um die Angabe plausibler, sachgerecht hergeleiteter Werte im jeweiligen Einzelfall (Anlagen RBg 5, 2., 5. und 7. Absatz, RBg 8, 3. Absatz, RBg 7 unter 1.2).

40           bb) Das gilt auch, soweit die Betroffene geltend macht, der Bundesnetzagentur hätten - bei der Kostenprüfung - nur die Daten der von ihr regulierten Netzbetreiber vorgelegen, für das Jahr 2006 seien detaillierte Jahresabschlüsse nach ihrer Kenntnis im Bundesanzeiger nicht veröffentlicht worden und für viele Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens der ersten Regulierungsperiode sei die Kostenbasis das Jahr 2004 und nicht das Jahr 2006 gewesen, weshalb eine Plausibilisierung der Daten des Jahres 2006 durch die Bundesnetzagentur schon nicht erfolgt sein könne. Mit diesem Vortrag werden keine konkreten Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, dass der Bundesnetzagentur eine Plausibilisierung nach den von ihr in der Festlegung dargelegten Grundsätzen nicht möglich war. Denn er schließt schon nicht aus, dass die Bundesnetzagentur sich die dafür erforderlichen Daten aus anderen Quellen beschaffen konnte oder über die Daten ohnehin verfügt hat. Letztlich wird damit pauschal unterstellt, dass die Angaben der Bundesnetzagentur zur durchgeführten Plausibilisierung (vorsätzlich) unrichtig seien. Das reicht für einen substantiierten Vortrag indes nicht aus. Ohne dass es hier darauf ankommt, sei darauf hingewiesen, dass die Bundesnetzagentur in einem Parallelverfahren dargelegt hat, dass und aus welchen Quellen (Austausch mit den Landesregulierungsbehörden, Vorjahreswerte in den Jahresabschlüssen 2007, sich aus den einzelnen Verwaltungsverfahren zur Kostenprüfung ergebende Daten) sie die erforderlichen Daten erhalten habe (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18, juris Rn. 138).

- 41           cc)   Soweit die Betroffene schließlich geltend macht, in Bezug auf das Jahr 2006 könnten angesichts des zwischenzeitlichen Zeitablaufs Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht mehr vorliegen, hat der Senat auch diesen Vortrag zur Kenntnis genommen, aber nicht für erheblich gehalten. Die Ausführungen des Senats betreffen die vollständige Offenlegung der Datengrundlage im Festlegungsverfahren, an der die Bundesnetzagentur im Hinblick auf den Widerspruch zahlreicher Netzbetreiber nach der damaligen Rechtslage gehindert war (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 40 mwN - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Solche Widersprüche ergaben sich im Übrigen auch aus den von der Betroffenen vorgelegten Schreiben (Anlage RBg 4, RBg 6 und RBg 7). Die Betroffene hat in dem mit der Anhörungsrüge angefochtenen Beschluss indes schon nicht aufgezeigt (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 24), dass sie sich bemüht hat, Akteneinsicht in die Plausibilisierungsakten mit der Begründung zu nehmen, diese enthielten keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (mehr).
- 42           b)    Soweit die Betroffene geltend macht, es sei nicht ersichtlich, welchen Vortrag der einzelne Netzbetreiber (überhaupt) erbringen könne, um Anhaltspunkte für eine nach den Maßstäben des Senats (BGHZ 228, 286 Rn. 68 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) relevante Fehlerhaftigkeit der Datengrundlage vorzutragen, trifft das nicht zu.
- 43           aa)   Der Senat hat bereits ausgeführt, dass die Bundesnetzagentur die von ihr ermittelten Daten in aggregierter Form veröffentlicht hat (Festlegung S. 15). Auf dieser Grundlage konnte die Betroffene die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Berechnung im Rahmen der Törnqvist-Methode nachvollziehen und aufgrund der dadurch ermöglichten Überprüfung zahlreiche und umfangreich begründete Beanstandungen erheben, die auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden sind. Das Vorgehen bei der Plausibilisierung der Daten (auch des Jahres 2006) hat die Bundesnetzagentur in der Festlegung ausführlich

geschildert (Festlegung S. 14 f.); dass dieses von vornherein ungeeignet gewesen sei, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 40 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

44           bb) Auf der Grundlage der veröffentlichten Daten und der Vorgehensweise zu ihrer Plausibilisierung können Netzbetreiber (ohne weiteres) aufzeigen, dass Daten in relevantem Umfang fehlen, oder grundlegende Fehler oder erhebliche Verzerrungen der Datengrundlage vorliegen (vgl. BGH, RdE 2022, 119 Rn. 40 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II). Es liegt nahe, dass dies der Betroffenen im vorliegenden Fall deshalb nicht gelingt, weil sich solche Anhaltspunkte aus den veröffentlichten Daten und den Darlegungen zur Art und Weise der Plausibilisierung nicht ergeben.

45           cc) Die Einsicht in die Plausibilisierungsakten und die Überprüfung sämtlicher Datenerhebungsbögen ist schon nicht erforderlich, um solche Anhaltspunkte aufzuzeigen. Die einzelnen Datenerhebungsbögen und Unterlagen zur Plausibilisierung könnten allenfalls einzelne (Eingabe- oder Übertragungs-)Fehler enthalten, die die Belastbarkeit der Datengrundlage als solche angesichts ihrer Breite nicht in Frage stellen würden (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 71, Rn. 85 - Stadtwerke Konstanz GmbH; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juli 2021 - 3 Kart 612/19, juris Rn. 29 ff.). Daher bestünde auch keine Grundlage dafür, diese Akten beizuziehen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. März 2004 - 6 B 71/03, juris Rn. 12 mwN; siehe nunmehr auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juli 2021 - 3 Kart 612/19, juris Rn. 22 ff.). Es kommt nach alledem auch nicht darauf an, ob § 23b Abs. 1 Nr. 13 EnWG, der seit dem 1. Oktober 2021 vorsieht, dass die Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite, einschließlich etwaiger darin enthaltener Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, unternehmensbezogen in nicht anonymisierter Form die Daten veröffentlicht, die bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors II erforderlich sind.

tätsfaktors Verwendung finden (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht vom 9. März 2021, BT-Drucks. 19/27453 S. 107, 111), eine Akten-einsicht oder Beiziehung der Akten ermöglichen könnte.

46 VII. Die Betroffene macht geltend, der Senat habe ihren Vortrag zum Basisjahreffekt übergangen.

47 1. Zur Begründung führt sie aus, sie habe in der Rechtsbeschwerde-erwiderung vorgetragen, dass auch die von der Bundesnetzagentur herangezo-genen Gutachter sich dafür ausgesprochen hätten, dass sich der Basisjahreffekt nicht verzerrend auf das Stützintervall auswirken dürfe. Bezüglich des Basisjahrs 2015 lasse sich diese Empfehlung aber nicht umsetzen, weil die Folgejahre zum Festlegungszeitpunkt überhaupt keine Berücksichtigung hätten finden können. Insoweit gehe auch der Hinweis fehl, dass die Auswahl eines anderen Stützinter-valls zur Vermeidung etwaiger Ergebnisverzerrungen, bei dem jeweils das Jahr vor und nach einem Basisjahr einbezogen werde, für die Beschwerdeführerin zu einem deutlich ungünstigeren Stützintervall führe. Es gebe keine Feststellungen für die Annahme, dass nur das Stützintervall mit den Jahren 2009 bis 2016 ge-eignet sei, die Verzerrungen aus dem Basisjahreffekt zu vermeiden. Ein solches Stützintervall könne die Verzerrungen nicht vermeiden, weil nach den Gutachtern der Bundesnetzagentur auch die Folgejahre einbezogen werden müssten, was für das Basisjahr 2015 aber nicht möglich sei. Es sei nicht ersichtlich, dass diese Argumente offensichtlich unbegründet seien.

48 2. Ein Gehörsverstoß ist damit nicht aufgezeigt. Der Senat hat den Vortrag berücksichtigt, aber im Hinblick auf seine ausführliche Begründung in der Entscheidung vom 26. Januar 2021 (BGHZ 228, 286 Rn. 70 ff. - Genereller sek-toraler Produktivitätsfaktor I) für offensichtlich nicht durchgreifend gehalten.

49           a)       Zum einen ergibt sich aus der von der Betroffenen in Bezug genommenen Passage des Gutachtens schon nicht, dass die Gutachter der Bundesnetzagentur die Berücksichtigung von zwei Jahren nach einem Basisjahr für geboten erachten. Darin heißt es lediglich, dieser Umstand (mithin die Verschiebung von Investitionen) dürfte sowohl beim Törnqvist-Index als auch beim Malmquist-Index von untergeordneter Bedeutung sein. In der Regel dürfte es sich um ein Vorziehen von später geplanten beziehungsweise um eine Verzögerung von bereits zuvor anstehenden Investitionen innerhalb eines engen Zeitfensters rund um das Basisjahr handeln. Dementsprechend hat das Beschwerdegericht festgestellt (BGHZ 228, 286 Rn. 71 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I), dass Gasversorgungsnetzbetreiber in den Jahren 2006, 2010 und 2015 stärker und jeweils im Jahr vor und nach dem Basisjahr weniger investiert haben.

50           b)       Der Senat geht aber unabhängig davon aus Rechtsgründen davon aus, dass der Basisjahreffekt, der eine tatsächliche Entwicklung widerspiegelt, für sich genommen nicht die Annahme rechtfertigt, ein Stützintervall, in dem sich dieser Effekt überproportional auswirkt, sei deshalb von vornherein ungeeignet. Vielmehr ist eine mögliche Ergebnisverzerrung nur ein Aspekt, der bei der Auswahl des Stützintervalls von Bedeutung sein und gegebenenfalls ein anderes Stützintervall als greifbar überlegen erscheinen lassen kann. Für eine derartige Überlegenheit eines anderen Stützintervalls ist von der Betroffenen aber nichts dargetan (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 74 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18 Rn. 151 ff.).

51           VIII.   Die Betroffene meint, der Senat habe die Reichweite und den Umfang der Feststellungen des Beschwerdegerichts zu der Berechnung der Abschreibungen auf Anlagegüter und die Äußerungen des Gutachters im Verhandlungsprotokoll dazu offensichtlich unzutreffend erfasst und dadurch das rechtliche Gehör verletzt.

52           1.       Zur Begründung führt sie aus, der gerichtliche Sachverständige sei davon ausgegangen, dass die reale Werterhaltung auch aus handelsrechtlicher Sicht notwendig sei. Es stelle sich daher die Frage, was die Annahme des Senats rechtfertige, dass der Sachverständige ebenfalls von der Prämisse ausgegangen sei, eine kalkulatorische Betrachtungsweise sei von Gesetzes wegen zwingend. Das sei abwegig, da im weiteren Verlauf von der Bundesnetzagentur argumentiert werde, dass die Werterhaltung im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung berücksichtigt werde und es demnach eine Werterhaltung geben müsse, aber nicht bei den Abschreibungen. Vor diesem Hintergrund sei festzustellen, dass sich aus dem Verhandlungsprotokoll eindeutige Aussagen des Gutachters zur Ungeeignetheit des Vorgehens der Bundesnetzagentur ergäben, auf die das Beschwerdegericht in seinem Beschluss Bezug genommen habe. Es sei erklärungsbedürftig, woran der Senat seine Haltung festmache, der Sachverständige sei von einer kalkulatorischen Betrachtungsweise ausgegangen.

53           2.       Ein Gehörsverstoß ist damit nicht aufgezeigt. Der Senat hat das Vorbringen berücksichtigt, aber im Hinblick auf seine ausführliche Begründung in der Entscheidung vom 26. Januar 2021 (BGHZ 228, 286 Rn. 92 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) nicht für erheblich gehalten. Die Betroffene gibt nicht das gesamte die Abschreibungen betreffende Protokoll, sondern einzelne aus dem Zusammenhang gerissene Aussagen des Gutachters und des Vorsitzenden wieder. Sie lässt die Feststellung des Beschwerdegerichts außer Acht, dass die von der Bundesnetzagentur angewandte konstante Veränderungsrate von eins insoweit sachgerecht erscheine, als dies der Anwendung einer linearen Abschreibungsmethodik entspreche. Die konstante Veränderungsrate von eins hat das Beschwerdegericht nach Durchführung der Beweisaufnahme bei Anwendung einer linearen Abschreibung für zulässig gehalten. Es meint lediglich, die Bundesnetzagentur müsse die regulatorischen Grundsätze gemäß §§ 6, 6a Gas-

NEV beachten, und es sei nicht eindeutig, ob die Bundesnetzagentur mit der konstanten Veränderungsrate von eins eine unzulässige Nichtberücksichtigung der in § 6a GasNEV vorgegebenen Preisindizes meine. Damit hat sich der Senat bereits eingehend auseinandergesetzt und die von der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung anhand des Törnqvist-Indexes nach handelsrechtlichen Vorgaben zugrunde gelegten linearen Abschreibungen auf Basis historischer Anschaffungs- oder Herstellungskosten ohne Berücksichtigung der Preisentwicklung der Anlagegüter für zulässig gehalten (vgl. BGHZ 228, 286 Rn. 92 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Entgegen der Ansicht der Betroffenen ist eine weitere Aufklärung des Sachverhalts daher nicht veranlasst (vgl. zu den Aussagen des Sachverständigen auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18, juris Rn. 222).

54 IX. Die Betroffene meint, der Senat habe ihren Vortrag zur Malmquist-Methode übergangen. Das greift nicht durch. Der Senat hat den Vortrag vollumfänglich berücksichtigt (Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23), aber im Hinblick auf seine ausführliche Begründung in den Entscheidungen vom 26. Januar und 26. Oktober 2021 (BGHZ 228, 286 Rn. 142, 143 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 59 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II) nicht für erheblich gehalten.

55 1. Die Betroffene meint, die Festlegung sei schon deshalb aufzuheben, weil der Nachweis der Gesetzeskonformität mit Blick auf eine fachgerechte Bewertung nach der Malmquist-Methode nicht erbracht worden sei. Das gelte insbesondere, weil der Sachverständige in seinem Gutachten angezweifelt habe, dass die von der Bundesnetzagentur durchgeführte Berechnung dem Stand der Wissenschaft entspreche. Allerdings sind diese von der Anhörungsrüge - wie bereits im Verfahren - wiedergegebenen Aussagen des gerichtlichen Sachverständigen aus dem Gutachten vom 4. Februar 2019 und dem Ergänzungsgutachten

vom 30. Juni 2019 durch die Anhörung und die Feststellungen des Beschwerdegerichts zur Zulässigkeit des methodischen Ausgangspunkts überholt. Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur widerspricht weder dem Stand der Wissenschaft noch ist sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen einer greifbar überlegenen Alternative zu beanstanden. Sie ist als wissenschaftlich anerkannte und damit grundsätzlich zulässige Methode im Sinn des § 9 Abs. 3 Satz 1 ARegV anzusehen (BGHZ 228, 286 Rn. 30 ff., 112 ff., 139 ff.; 149, 152, 154 ff., 158 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

56           2.       Soweit die Betroffene rügt, ihr Vorbringen zu der Frage, ob § 9 Abs. 3 Satz 2 ARegV die Einbeziehung von mindestens vier Jahren im Sinne von vier Datenpunkten vorsehe oder die Überspannung eines Zeitraums von vier Jahren mit nur drei Datenpunkten ausreiche, sei dadurch übergangen, dass sich das Beschwerdegericht damit nicht befasst und der Senat die Sache in diesem Punkt nicht zurückverwiesen habe, greift das nicht durch. Der Senat hat das Vorbringen berücksichtigt (Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23), aber nicht für erheblich gehalten.

57           a)       Die Betroffene hat ausweislich der Beschwerdeentscheidung geltend gemacht, die Datenpunkte seien normativ nicht ausreichend. Die Verwendung von Daten aus drei und nicht aus vier Jahren (Basisjahre 2006, 2010 und 2015) stehe bereits mit dem eindeutigen Wortlaut des § 9 Abs. 3 Satz 2 ARegV nicht im Einklang. Soweit Veränderungswerte von 2006 auf 2010 und 2010 auf 2015 in den Blick genommen worden seien, habe auch auf die Veränderung von 2006 auf 2015 eingegangen werden können. Dies sei jedoch nicht erfolgt.

58           b)       Mit diesem unter anderem auf das im Beschwerdeverfahren vorgelegte Polynomics-Gutachten (S. 21) gestützten Einwand, die Datenlage sei zu gering für unverzerrte Ergebnisse, hat sich der Senat bereits befasst und ihn nicht für durchgreifend angesehen (BGHZ 228, 286 Rn. 142, 143 ff. - Genereller sek-

toraler Produktivitätsfaktor I; Beschluss vom 26. Oktober 2001 - EnVR 17/20 Rn. 59 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II).

59           aa) Die Ansicht der Betroffenen, aus dem eindeutigen Wortlaut von § 9 Abs. 3 Satz 2 ARegV ergebe sich, dass Daten von mindestens vier Jahren herangezogen werden müssten, trifft (offensichtlich) nicht zu. Nach § 9 Abs. 3 Satz 2 ARegV hat die Ermittlung unter Einbeziehung der Daten von Netzbetreibern aus dem gesamten Bundesgebiet für einen Zeitraum von mindestens vier Jahren zu erfolgen. Daraus ergibt sich nicht, dass vier Stützpunkte erforderlich sind.

60           bb) Drei den Zeitraum von 2006 bis 2015 umspannende Datenstützpunkte sind entgegen der Ansicht der Betroffenen auch nicht zu wenig für unverzerrte Ergebnisse.

61           (1) Der gerichtliche Sachverständige hat erläutert, dass das Verfahren Besonderheiten aufweise. Es sei zwar nicht lehrbuchmäßig, das sei angesichts der Datenlage aber auch gar nicht möglich. Es hätten methodische Kompromisse eingegangen werden müssen. Dass diese Kompromisse eine Verzerrung in eine bestimmte Richtung auslösten, hat der Sachverständige für unwahrscheinlich gehalten, wenngleich für ein abschließendes Urteil eine intensive Replikations- und Simulationsanalyse erforderlich wäre (BGHZ 228, 286 Rn. 142 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

62           (2) Wie der Senat bereits entschieden hat, sind hiernach keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgebracht, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Effizienzgrenzenverschiebung ungeeignet oder einem anderen Vorgehen greifbar unterlegen wäre. Das Beschwerdevorbringen veranlasste insoweit auch keine weitere Sachaufklärung durch Zurückverweisung an das Beschwerdegericht. Die pauschale Behauptung, die Anzahl der Beobachtungen sei zu gering für unverzerrte Ergebnisse und es hätte auch auf die Verände-

nung von 2006 bis 2015 eingegangen werden können, reicht nach den dafür geltenden Maßgaben (BGHZ 228, 286 Rn. 27 f. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I) und vor dem Hintergrund der Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen dafür nicht aus (siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18 Rn. 239 ff., 244 ff.; 247 ff.).

63           3.       Soweit die Betroffene meint, ihr Vorbringen, mangels Einbeziehung der Daten der Teilnehmer des vereinfachten Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 ARegV sei die Datengrundlage der Berechnung unvollständig, sei dadurch übergegangen, dass sich das Beschwerdegericht damit nicht befasst und der Senat die Sache in diesem Punkt nicht zurückverwiesen habe, greift das nicht durch. Der Senat hat das Vorbringen berücksichtigt, aber aus Rechtsgründen nicht für erheblich gehalten (BGH, RdE 2022, 119 Rn. 59 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23; ebenso nunmehr auch OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 16. März 2022 - 3 Kart 53/19, juris Rn. 231 ff. zum Produktivitätsfaktor Strom; vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18 Rn. 250 ff. zum Produktivitätsfaktor Gas). Denn damit wäre allenfalls aufgezeigt, dass sich auf einer anderen Datengrundlage möglicherweise zuverlässigere Ergebnisse hätten gewinnen lassen. Das reicht nicht aus. Es liegt auf der Hand, dass die Belastbarkeit der Ergebnisse nahezu jedes methodischen Ansatzes durch zusätzliche relevante Beobachtungen verbessert werden kann. Mit dem Hinweis darauf hat die Betroffene aber nicht dargelegt, dass die von der Bundesnetzagentur herangezogene Methode nicht geeignet oder eine andere Methode greifbar überlegen wäre und die Bundesnetzagentur ihren methodischen Spielraum daher rechtsfehlerhaft ausgeübt hat (BGHZ 228, 286 Rn. 146 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

64           4.       Auch ist dem Einwand der Betroffenen, ihr Vorbringen sei übergegangen worden und müsse aufgeklärt werden, die Datengrundlage sei inkonsistent

und die Bundesnetzagentur habe erhebliche Unschärfen bezüglich der Datengrundlage in Kauf genommen und räume in diesem Zusammenhang selbst Versäumnisse in der methodischen Genauigkeit ein; letztlich seien sowohl die Dateneinhüllungsanalyse als auch die stochastische Effizienzgrenzenanalyse aufgrund der wenigen zur Verfügung stehenden Datenpunkte und ihrer Anfälligkeit für Ausreißer bei Messfehlern, Änderungen des Datensatzes oder Änderungen der Datendefinitionen nicht geeignet, um den Produktivitätsfaktor sachgerecht zu berechnen und gleiches gelte für die Cobb Douglas Funktion, kein Erfolg beschieden. Der Senat hat sich mit diesen Einwänden befasst (BGHZ 228, 286 Rn. 112 ff.; 126 ff., 152 f., 154 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 59 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23; ebenso nunmehr OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 16. März 2022 - 3 Kart 53/19, juris Rn. 248 ff. zum Produktivitätsfaktor Strom; vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18 Rn. 262 ff.; 265 f.; 267 ff.; 290 ff.; 299 ff. zum Produktivitätsfaktor Gas) und sie aus Rechtsgründen nicht für durchgreifend gehalten. Er hat entschieden, dass es methodisch nicht zu beanstanden ist, dass die Bundesnetzagentur die Datensätze aus dem statischen Effizienzvergleich verwendet hat und die damit möglicherweise verbundenen Inkonsistenzen der Datenbasis keinen Anlass geben, das Ergebnis als unwissenschaftlich anzusehen. Dabei hat er entgegen der Ansicht der Betroffenen nicht angenommen, das Vorgehen der Bundesnetzagentur sei der Malmquist-Methode immanent. Im Gegenteil hat der Senat ausdrücklich berücksichtigt, dass der gerichtliche Sachverständige in seinem Gutachten vom 30. Juni 2019 ausgeführt hat, das Vorgehen der Bundesnetzagentur sei nicht lehrbuchmäßig und es hätten methodische Kompromisse eingegangen werden müssen, sowie, dass er eine intensive Replikations- und Simulationsanalyse für erforderlich gehalten hat (BGHZ 228, 286 Rn. 142 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Der Senat meint aus Rechtsgründen, dass das Beschwerdevorbringen keine weitere Sachaufklärung und Zurückverweisung an das Beschwerdegericht veranlasst, weil

keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgebracht sind, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur ungeeignet oder ein anderes Vorgehen greifbar überlegen wäre (aaO Rn. 143 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23).

65           5.       Soweit die Betroffene rügt, ihr Vorbringen, die Bundesnetzagentur hätte eine Bestabrechnung entsprechend § 12 Abs. 3, Abs. 4a ARegV anstelle der Mittelwertbildungen vornehmen müssen, sei dadurch übergangen, dass sich das Beschwerdegericht damit nicht befasst und der Senat die Sache in diesem Punkt nicht zur weiteren Aufklärung insbesondere des von ihr in der Beschwerdebegründung gestellten Beweisantrags zurückverwiesen habe, greift das nicht durch. Der Senat hat das Vorbringen berücksichtigt, aber aus Rechtsgründen nicht für erheblich gehalten (Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 23; BGHZ 228, 286 Rn. 115 ff., 122 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; ebenso nunmehr OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 16. März 2022 - 3 Kart 169/19, juris Rn. 251 ff. zum Produktivitätsfaktor Strom; vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 525/18 Rn. 322 ff. zum Produktivitätsfaktor Gas), weil die Betroffene nicht aufzeigt, dass die Mittelwertbildung ungeeignet oder die Bestabrechnung so deutlich überlegen ist, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur nicht mehr mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann. Die Behauptung, der Produktivitätsfaktor würde sich bei Verwendung bestabgerechneter Effizienzwerte um 1,05 Prozentpunkte reduzieren und es sei absurd, mit der Bestabrechnung ein Instrument, das beim statischen Effizienzvergleich gerade Unsicherheiten Rechnung tragen solle, im dynamischen Effizienzvergleich nicht zu verwenden, um Unsicherheiten Rechnung zu tragen, reicht dafür insbesondere im Hinblick darauf nicht aus, dass es schon an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt, die eine entsprechende Anwendung des § 12 Abs. 3 und Abs. 4a ARegV erfordern würde (BGHZ 228, 286 Rn. 118 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

66           6.     Im Übrigen weist der Senat darauf hin, dass er im Parallelverfahren (BGH, RdE 2022, 119 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II), in dem die dortige Betroffene ebenfalls durch die für die hiesige Betroffene tätigen Verfahrensbevollmächtigten vertreten war, mit Verfügung vom 7. September 2021 zur sachgerechten Vorbereitung der mündlichen Verhandlung am 26. Oktober 2021 gebeten hatte, eine Stellungnahme einzureichen und darin darzulegen, aus welchen Gründen die Betroffene unter Berücksichtigung der in den Beschlüssen des Senats vom 26. Januar 2021 (EnVR 7/20, EnVR 101/19 und EnVR 72/19) enthaltenen Ausführungen an ihrer Auffassung festhält, dass die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur zurückzuweisen und der Rechtsbeschwerde der Betroffenen stattzugeben ist. In der sodann in beiden Parallelverfahren eingereichten wortgleichen Stellungnahme werden die zum Malmquist-Verfahren erhobenen zahlreichen Beanstandungen (lediglich) wiederholt. Letztlich beanstandet die Betroffene auch hier den vom Senat entwickelten und angewendeten Prüfungsmaßstab. Der Senat hatte vor diesem Hintergrund keinen Anlass, auf die Beschwerdepunkte zur Malmquist-Methode in der Sache erneut ausführlich einzugehen, nachdem er bereits umfangreich begründet hatte, dass insoweit keine methodischen Mängel festzustellen sind (BGHZ 228, 286 Rn. 30 ff., 112 ff., 149 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Bundesnetzagentur zugunsten der Netzbetreiber den Produktivitätsfaktor auf den niedrigeren Wert festgesetzt hat, der sich nach der Törnqvist-Methode ergeben hat (BGHZ 228, 286 Rn. 125 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; RdE 2022, 119 Rn. 58 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschluss vom 28. Juni 2022 - EnVR 16/20, juris Rn. 2; siehe nunmehr auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2023 - 3 Kart 706/18 Rn. 156).

67           X.     Die Betroffene meint, der Senat habe ihr in der Rechtsbeschwerdebegründung enthaltenes Vorbringen zur Auslegung von § 9 Abs. 1 ARegV, insbesondere zur Genese der Vorschrift übergangen. Das trifft nicht zu.

68           1.     Der Senat hat das als übergangen gerügte Vorbringen berücksichtigt, aber nicht für erheblich gehalten.

69           a)     Die Formulierung in der Verordnungsbegründung zu § 9 ARegV, dass Absatz 1 festlegt, wie der Produktivitätsfaktor zu ermitteln ist, lässt entgegen der Ansicht der Betroffenen schon nicht den Schluss zu, dass der Produktivitätsfaktor punktgenau nach Maßgabe aller Formelbestandteile berechnet werden müsse.

70           b)     Ein "beredtes Schweigen" des Verordnungsgebers kann entgegen der Meinung der Betroffenen schon nach der von ihr genannten Entscheidung (BVerwG, Urteil vom 29. April 1993 - 7 A 3/92, BVerwGE 92, 263 [juris Rn. 14 aE]) nicht angenommen werden, weil die Auslegung der Norm nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik der Anreizregulierungsverordnung keine bestimmte Berechnung dahin vorgibt, dass zunächst die in § 9 Abs. 1 ARegV genannten vier Größen ermittelt werden müssten (BGHZ 228, 286 Rn. 35 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

71           aa)    Es ergibt sich aus dem Verweis auf Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen, der Festlegung eines bloßen Mindestzeitraums für die einzubeziehenden Daten und der Ermächtigung, nicht aber Verpflichtung, zwischen Strom- und Gasversorgungsnetzen zu unterscheiden, dass der Verordnungsgeber der Bundesnetzagentur die Entscheidung überlassen hat, mit welchen ökonomischen Methoden sie die Grundlagen für die Festlegung des Produktivitätsfaktors ermittelt (BGHZ 228, 286 Rn. 17 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

72           bb)    Da der Bundesnetzagentur die Methodenentscheidung überlassen werden sollte, hat der Verordnungsgeber die Heranziehung des Verbraucherpreisindex nicht ausdrücklich vorgegeben. Der von der Betroffenen gezogene

weitergehende Schluss, dass seine Heranziehung ausgeschlossen werden sollte, ist vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt.

73 cc) Den von der Betroffenen angeführten Ausführungen im 2. Referenzbericht Anreizregulierung sowie im Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung vom 30. Juni 2006 kann nichts Anderes entnommen werden.

74 dd) Hinzu tritt, dass nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts die Heranziehung des Verbraucherpreisgesamtindex dem Stand der Wissenschaft entspricht und hinsichtlich seiner Zuverlässigkeit ein breiter wissenschaftlicher Konsens besteht. Dagegen hat der gerichtliche Sachverständige die von der Betroffenen favorisierte Differenzmethode als "originell" und wissenschaftlich nicht anerkannt bezeichnet. Das Beschwerdegericht hat dazu festgestellt, dass sie zu einem unsicheren Ergebnis führt (BGHZ 228, 286 Rn. 40 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I).

75 2. Zudem wird in der in beiden Parallelverfahren eingereichten wortgleichen Stellungnahme (vgl. oben Rn. 66) nicht an der Beanstandung festgehalten, § 9 Abs. 1 ARegV sei dahin auszulegen, dass sich aus der Vorschrift keine methodische "Teilvorgabe" für die Anwendung des Törnqvist-Indexes des Inhalts ergibt, die gesamtwirtschaftlichen Werte müssten als Einzelwerte ermittelt werden und in die Berechnung einfließen.

76 XI. Nach alledem zeigt die Betroffene keine erhebliche Gehörsverletzung auf, so dass die Anhörungsrüge zurückzuweisen ist.

Kirchhoff

Roloff

Picker

Vogt-Beheim

Kochendörfer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.12.2019 - VI-3 Kart 672/18 [V] -